

風俗犯の一考察：身体露出行為の現象的理論

著者	中村 秀次
雑誌名	熊本法学
巻	30
ページ	46-76
発行年	1981-03-20
その他の言語のタイトル	A Consideration of Public Decency : with Regard to Indecent Exposures
URL	http://hdl.handle.net/2298/11970

論 說

風俗犯の一考察

——身体露出行爲の現象的理論——

中 村 秀 次

法が社会の変化に対して最も敏感に反応する領域の一つは、道德や風俗と言われるものに関する分野であろう。広
い意義では、法もまた倫理の中にいれて理解される。その時、一般に倫理は物の世界と対比する形で把握されるのが
普通であろう。そして、倫理や価値と言われるものの世界は、人間の意識に密着した形をとらされる。およそ、真面
目な言辞にして、価値と事実とが全くばらばらなどというものは考え難い。

価値が人間の事実であるとするならば、社会は、人間的自然とでも言うべきものであろう。社会倫理は、人間社会
の指導規範として現われ、実践的な道德として、あるいは慣習として機能させられる。法は、
これらの有効性を担保するものとして現われ、権威即ち力と利得とをその存立基盤として機能させられる。ただ、そ
の力も利得も、社会の歴史として現われる理性の必然性に究極的に反することは出来ないような姿をとらされるべき
であると思われる。

言うまでもなく、表現の思弁性は自認しなければならないであろう。けれども、言わば弁神論的な前提を擁し得な

いところで、独自のものとして立ち得ている現代人にとっては、このような爲の意味と目的が見据えらるるに違いない。というのも、形而上学や觀念論などといわれるようなものを排斥してみても、人間の形而上的事実なるものが潜在し、觀念論なるものの基盤が残存して、むしろ転倒した姿で機能しているとするならば、單に将来の理想世界の實現された時点の論議ですますことは出来ないからである。抽象的に言えばとか、論理的に言えばとかいう呪文も、おおかた識者の心の中ではすりきれた響きしか持ち得ないであろう。こうして、法、社会倫理というものは、抽象と論理なしではすまされないとしても、その抽象並びに論理の意味は、常に反省を要するであろう。例えば、法なるものの窮極的な形についてみると、法が事実となるときは法は不存在となるといふより、むしろ事実が人間的自然となり、自然が人間的事実となるとき、抽象と論理とによる解離現象になじんだ法は、その限りでその役割を終るということが言われるであろう。そして、その過程を記述し、構想することは、一つの学問の意味であろう。今のところは、それは、殆ど端緒をつかむことさえ億劫な作業であるように見える。

ところで、風俗犯などと言われている分野においては、今日においてもなお、刑法と道德の関係をめぐって、表面上二つの立場が競い合っているように見える。今日、一方は、刑法は社会倫理を維持するために強制されるべきであると言う。それに対して、他方は、刑法は道德と縁を切つて社会的生活利益を保護することにのみ専念すべきであると言う。両者は、しかし、ただそれだけでは、道德や社会的利益として何を想定しているかによって相互置換的であり、社会実在的には、余り当を得た対立の仕方ではないように見える。それでも、論者にしてみれば、これは單なる用語上の対立ではないということであろう。所詮、それは、相互に相譲ることのできない立場なるものを擁護するために独自の用語法を用いているに違いないのである。夫々、独自の階層ないしそれと類似のものの法意識と社会生活關係を代弁しているはずであると思ひこまされていることになるのである。

近代において、所謂リーガル・モラリズムは、大体、保守的な役目を担わされたようである。それに対して、所謂

リベラリズムは、進歩的な役割を引き受けたもののようである。前者は、市民社会の中になお秘められた家族性関係のモラルを説き、後者は、その家族関係の解体の上に立った性のモラルを説いていた。

リベラリズムとは何であるか、一個の問題であるが、古い家族制度の解体を目のあたりにし、そのさ中に生まれ、生きている人々にとって、本来保護されるべき家族性関係のモラルなど無きに等しかったであろう。個体が単独に主体として現われる時、個体のモラルは、個我の主張、表現となる外はないであろうし、その利害調整の法的関係は、ニューサンスやプライバシーといったものに固有に結びつくであろう。たとえ人の氣に障ることであっても、私的に言う自由を有し、この自由は、プライバシーの権利として保護されるのだと言われる。ただ、そのような行為が公然と行なわれ、おしつけがましく行なわれる時には、個我の存立の侵害であり、市民的生活の平穩の侵害であり、パブリック・ニューサンスと見なされることで調整される。なお、子供に対する場合にあっては、所謂パターナリズムの原理が現われる。即ち、個我の成熟していない者は、保護されなければならない、という配慮も現われる。しかし、これはまた別の考慮を必要とする問題である。

論者のリーガル・モラリズム排斥は、政治的、政策的主張として見るなら別であるかも知れないが、文字通り素直に受けとめると、必ずしも説得的であるとは言われない。そこで排除されているのは、言わば国家主義的な物の見方と權威主義的な法秩序、前近代的な道德であるように見える。しかし、およそ国家主義的な物の見方とか、權威主義的な法とか、前近代的な道德というような觀念をめぐっては、明白な考察は仲々見出し難い。そのような觀念が実定性と同時に、ある意味で普遍性をも有していたというのはどういうことであるのか。そのような觀念を可としたり否としたりすることにどのような必然性があるのであるか。そのような觀念を作り上げることについて、思考はどのようなうまく限界を設定するのか。言わば、意味ある、影響力ある形に整うように策をめぐらすのであろうか。兎も角、法と道德とを区別する見地が果す進歩的機能というものは肯認されるとしても、今日も法が必然的に負荷されて

いるであろう倫理的性格を不問に付すことでうまくすりぬけようとするのであるならば、その点には、何らかの形で論者のある面で過度に豊富でありながら、そのために返って生活の姿勢の根本のところに、むしろ未成の、生半可な社会的意識が映し出されている、と言わざるを得ないであろう。実際、法と道徳とを分離してしまうというのであれば、また、外面に集中して行為の動機、事情のモラルを結局は見離すというのであれば、それらの点においてもリズムの根本問題を背負うことになるということに、卒直に意識的とならねばならないであろう。それは、倫理絶対主義に對する倫理相對主義の民であつたはずである。結局、現實に力を有するもの、優勢な生活關係、經濟的身分秩序の主潮にある人々の力の素朴な曖昧な承認につながる、と繰り返し批判されて来たところでもあろう。危機的狀況にぶつかるとき、必然的にその立場は、力は正義なりというような全体主義的觀點と相補的な關係をとり結ぶことが氣付かれて来たはずである。そのような事柄には十分に知識を有していながら、むしろ有するほどに、返つて、そのような過程に身をおいてしまふのが常態であつたようである。これは、知識人の概念構成の有するつまづきの石であらうか。

秩序なき変化——そのようなものが考えられるとして——が虚無に等しいことは、誰もが知つてゐることである。ただ、変化は、変化それ自体としての意味を負わされている。しかも、このことの本来の意味は、変化そのものの意味に限りがあることを認知した上で、その認識の上に立つて、その事實をいかにのり越えたらよいのか、と言わば根源的に問ひかけるに至る自己認識の中にあるのであろう。その意味で、不安というものには可能性が見出されるであらう。こうしてまた、変化なき保守——そのようなものが考えられるとして——は、歴史的の世界の中にあつて、沈滞となり、ある人々にとっては、終りのない圧迫となり、またある人々にとっては、絶望的な反応を惹起せしめるのが常である、というのは当然のことであらう。リーガル・モラリズムの悪しき面がそこにある、というのは、現象論、概念論として当然の評価であらう。しかし、今日我々は、至る所でつまづく。正当だと言われてはつまづき、明白に

正しいと言われてはつまづき転ぶ。既存の、論理的に明確だと評されて来た、これらの概念構成に対して、観念の禁欲生活とでも言うべきものに對して、避け難い違和感が生起してやまない。法の歴史的主体が普遍的主体として現われざるを得ない局面というものは本当であらう。また、法が単なる事実の世界と言われる一種の抽象物と對比された形で、倫理的規範そのものとして現われざるを得ない人間の必然性の局面があるというのも本当のことであらう。しかし、これらの局面の位相を当然のこととして前提してしまうことは問題である。もしも無意識的にであれ、意識的にであれ、それらの位相を、あるいは問題以前の事柄であるとして切りつめたり、あるいは非法律的事柄であるとして諦めることがあるとするならば、まことにその態度そのものに、今日我々は不安を感じざるを得ないであらう。こうして、これらの観点は、別様に把握すると、古典主義と実証主義との相補的關係として現われるのだと言われるかも知れない。その關係とは、比喩的に言えば、前者は後者を希望と不安としてうち眺め、後者は前者を絶望と郷愁として感じ取る、という風にも言われるであらう。だが通例は、古典主義は、教義主義や論理主義などと言われるものを悪しき表われとして付着させ、実証主義は、事実還元主義や多元主義などと言われるものを悪しき表われとして付着せしめることになりがちである。その限りで、互に非難されることにもなる。しかも、そのような非難の応酬の形ででも夫々に相応する影響を及ぼしていく。何であれおおよそ定式化というようなものは、一面的であるという条件を付してみると、確かに真実であるとしてもあやまつことは少ないであらう。ところが、それらの条件を忘れさせるような強調によって歪曲が行なわれたとしても、必ずしも虚偽となるようには働かないことがあるものである。何よりも、このような帰結は、そのような定式化の有する真理としての性格の中にあるというばかりでなく、それによって影響される人々に依存しているものだからであらう。

以上の一般的アプローチは、従来の一般的視点からいかなる意味と機能を有するものであるか、疑問がないというわけにはいかないであらう。何よりも、生の事実、言わば出来事の実在論的連関を欠くと見なされざるを得ないよう

に解されるならば、悲しき循環論・空論の非難を避けることは出来ないであらう。少くとも対象の言わば現象論的アプローチと経験科学の理論とのつき合せが必要とされる所以である。これは陳腐な言辭である。それでも、その真意は、科学的觀察に思弁的態度を混ぜ合せようというのではなかったのである。先人の用語を借りれば、原理にまで還元し難い頑固な事実に執着する科学の生來の非合理主義を反省すると共に、逆に今日政策化しつつある法、倫理にその生來の動因をとりもどせたいとの希望を表現したに過ぎない。

二

さて、具体的に身体露出行爲について考察しようとすると、この分野の学問的研究は、法律上も医学上も我国では極めて乏しいことが先ず認められる。殊に強姦等に比べて、この種の言わば倒錯的行動自体が少ないとか、あるいは何らかの規制が働いていて、社会的に広範な関心をひくことも少ないようである。一般に我国では、自我の意識が同質的集團の意識に吸収される状況が久しかったこともあり、行為者の行為感覚にも異った面が看取されようが、次第に欧米の行為様式、社会意識とも同調する傾向が窺われ、身体露出行爲の現象論並びに理論については、主に欧米の研究が参考になるであらう。

一、現行刑法は、性と風俗に関する罪を第二章の猥褻、姦淫及び重婚の罪の下におさめている。改正刑法草案は、これを風俗を害する罪と姦淫の罪とに分けて章別している。

ところで、草案所定の風俗犯に対応する罪は、明治初年の刑法においては、僅かに仮刑律に重婚罪を見るにすぎず、新律綱領や改定律例では、それさえ姿を消していた。旧刑法では、公然猥褻や猥褻物販売は、賭博・富籤興行・礼拝所不敬と共に風俗を害する罪に配せられ、淫行勧誘や重婚は、これとは別に姦淫諸罪と共に猥褻姦淫重婚の罪の中に組みこまれていた。公然猥褻や猥褻物販売は、ここで初めて刑法上に登場するが、それは、我国も西欧諸国にな

らって、文明国としての体面を整える必要があるとされたからであると考えられ、刑は何れも罰金にすぎない。⁽²⁾

ボアソナード刑法草案の公然猥褻罪（二九一条）は、「何人たりとも公の場所もしくは公衆の目に触れ得べき場所において故意を以て風儀を害すべき所為を行いたる者は一日以上二月以下の重禁錮、一円以上二〇円以下の罰金に処す」となっていた。「公の風儀を害すべき行為」とは、ボアソナードによれば、殆ど特に男女を問わず、故意を以て其の一人又は数人の陰部を公衆の目に触れしめたる所為のみを謂うものと解すべく、且つ法律の精神に従えば、淫欲を遂ぐるの目的にて其の所為を行いたるを要す、とある。⁽³⁾

旧刑法二五八条は、「公然猥褻の所為を為したる者は三円以上三〇円以下の罰金に処す」と規定するにとどまった。当時一般的に、猥褻の所業とは淫事に関して見るに堪ゆべからざる醜行をいうと解されていた。⁽³⁾

旧刑法の基本構想は、明治二三年草案においても大体同様である。ただ、公然猥褻や猥褻物販売が単に違警罪とされ、重婚が刑法から姿を消している。こうして、刑法典がほぼ現行法と同様の体裁を整えるに至ったのは、明治三四年草案、特に明治三五年草案以降のことである。公然猥褻の罪は、明治三四年草案以来一貫して科料とされていた。旧刑法がこれを三円以上三〇円以下の罰金としていたのに比し、現行刑法制定当時の唯一の罰としての科料は一〇銭以上二〇円未満であるから、明治二三年草案がこれを違警罪として位置づけた考え方を踏襲したものと思われる。

戦前の解釈によれば、猥褻の行為とは、単に「第一に色情に関する行為⁽³⁾」、「情欲を刺激し又は之を満足せしめる行為⁽³⁾」とするものと「性的意思を表現する行為即ち性的行為にして客観的に社会公衆の性に関する道義感情を侵害するに適するもの⁽³⁾」として社会的道義観念を掲げるものがあるようである。具体的な判断によれば、性的な意思が表現されることが必要とされるから、例えば放尿をするためであるときは、婦人の面前において男根を露出しても猥褻行為とは言われない。又、何らかの作為を施すことが必要とされるから、単純なる醜態を演ずることは除外される。醜態とは、臀部、股部を露出するというような羞恥を欠いた挙動であって、それ自体性交上の関係を有しないものを

謂う、と解されていた。警察犯処罰令によって処断すべきものとされていた。⁽⁸⁾

風俗に関する現行刑法は、昭和二二年に一部改正を被り、公然猥褻罪の刑もかなり引き上げられ、六月以下の懲役もしくは五百円以下の罰金又は拘留もしくは科料となった。その理由書には、戦後における風俗頹廢の傾向を直接の機縁としたものには相違ないが、根本的には新憲法の予定する明るい健全な社会への理想を強調したものの、とある。

戦後における改正草案の内容は、少くとも形の上では戦前における改正草案のそれと酷似する。体系的には、予備草案（昭和二年）以来、姦淫の罪を個人法益に対する罪として、風俗を害する罪とは別にこれを規定している。この体裁は、仮案（昭和十五年）、準備草案（昭和三六年）、今回の刑法改正草案でも変わらず、その章名はすべて同一であり、おさめられている犯罪類型もほぼ同一内容のものとなっている。

現行法の戦後の解釈として、滝川博士は、猥褻行為とは、性欲を刺戟するとか、満足させることを目的とする行為であって、他人に羞恥を感じさせるものという意味である。⁽⁹⁾とされる。これは、社会的道義觀念に殊更に言及する態度を避けるものとすれば、記述的構成要件論の方向では認められるであろう。言語による場合、例えば寄席における漫談、万才、落語などが一般的に羞恥を感じさせる場合には、猥褻行為といふべきである、とされる。井上正治博士も、猥褻行為は、言語によると動作によるとを問わない、と解される。⁽¹⁰⁾言語については消極説もあるが、人前で性器を露出する行為が公然猥褻に該る、というのは通説である。⁽¹¹⁾姦淫は勿論猥褻行為であるが、接吻や乳房の露出などは猥褻行為ではない、とされる。藤木教授によれば、公然猥褻行為とは、現時点においては、性器を露出する行為、あるいは正常異常を問わず、性行為そのものを他人に観賞させる行為に限るべきである、とされる。⁽¹²⁾猥褻行為を、犯罪学的に見て、単純な公然猥褻行為と営利的猥褻行為とに分けるのが一般的であり、前者は性的異常者、後者は常習的・営業犯的なものとされる。公然は、構成要件要素であり、公然猥褻罪は、抽象的危険犯であると言われている。⁽¹³⁾猥褻性は所謂規範的構成要件要素である、と解されている。

他に、軽犯罪法的一条二〇号の身体露出罪の系譜がある。既述の通り、明治以降、類似規定は、明治一三年刑法の第四篇違警罪の中にうかがわれるであろう。因みにボアソナードの刑法草案註釈卷の下によれば、公の場所もしくは公衆の目に触れ得べき場所において、皮膚を露わし又は全く裸体になって沐浴するの所爲にても、他人の目に触れしめんとする意思あらざるときは、風儀を害する所爲と称すべからず、違警罪にすぎず、とある。⁽¹⁵⁾明治二三年刑法草案では、今日の公然猥褻罪が違警罪篇の中に入っている。明治三四年、特に明治三五年草案以後、猥褻罪は現行法の体裁をとっているし、こうして制定された現行刑法からは、旧刑法違警罪篇が削除されたため、それに代って明治四一年内務省令として警察犯処罰令が公布されることになった、と解される。同三条は、左の各号の一に該当する者は二〇円未満の料料に処すとあり、その第二号に醜態行為というのがある。公然猥褻の罪の料料も一〇錢以上二〇円未満であつたから、刑の上で軽重はなかつたわけである。ところが戦後昭和二二年の刑法の一部改正によって公然猥褻の罪の刑が引き上げられ、昭和二三年の軽犯罪法は、それまでの警察犯処罰令を廃止した。軽犯罪法の刑は拘留又は料料である。

こうして、身体露出行為の規制には二つの系列が存在する。両者の関係をめぐっては、刑法一七四条の猥褻行為は、消極的に軽犯罪法によって限定を受け、それに該らない場合に、一七四条の犯罪類型に該るかどうかが問題となる⁽¹⁷⁾とか、軽犯罪法の罪には陰部の露出は含まないとする見解などがある⁽¹⁸⁾。併し、結局両者は程度の差とも言うべきものであろう。尚、それらとは別に今一つの規制形態が見られる。地方自治体の保護条例がそれで、これは、主として青少年保護を目的とするものである。

我国では、身体露出行為に関する判例として登載されているものは多くない⁽¹⁹⁾。

諸外国ではどうか。人類学的関心から、世界の各地に残る裸体に関する特有の習俗が報告されている⁽²⁰⁾。又、西欧の歴史には多彩な記述が散見される⁽²¹⁾。各国の法的規制及びその歴史的展開過程は、それほど異なっているようには

見えない。⁽²²⁾ ただ英米には豊富な資料があつて興味深い。

英米法において、露出行爲を規制する法体系は、所謂浮浪者法に由来するものと、コモン・ロー上の猥褻行為法との二つのものに分けられる。イギリスでは、早くから Vagrancy Act が存在しており、一定の無類行為者、浮浪者、労働嫌忌者、道徳頹廢者と言われる人々が把握されて来たが、今日では一般的にコモン・ロー上の猥褻行為の罪は、男性の性器露出行爲をカバーするものと見なされている。アメリカの模範刑法典は、二つの違反形態を定義づけるように企てたものである。⁽²³⁾ コメントによれば、open lewdness は、公共上、性交ないし裸体に関する良俗を甚しく侮辱する場合である。他方、indecent exposure は、性的満足を得るために性器を特に露出する場合であり、通常の open lewdness よりも重く罰せられる。その行為は、威圧的な性的侵害となり易いし、少くとも度々そのようなものとして行われるからだとされる。こうして、後者は性犯罪の下に排列され、前者は公序良俗違反の下に排列される。

アメリカにおいて、⁽²⁴⁾ indecent exposure 即ち、公衆の面前で且つ公の場所で自己の陰部をことさら意図的に露出することは、コモン・ロー上の犯罪である。このコモン・ロー犯罪は、なお多くの州に残っているが、今日一般的には制定法によって犯罪とされている。基本的な犯罪構成要素については、両者殆ど共通であるが、制定法犯罪では、行為の公然性などについて若干の修正があるようである。先ずコモン・ロー犯罪を見てみよう。

初期のイギリスの事件 Le Roy v. Sidley ⁽²⁵⁾ (1663) にあって、被告人は、庭園のバルコニーで多数人の前に裸体をさらしたことで起訴され、罰金を科され、常態にもとづいて一年間拘束された。Rex v. Crunden ⁽²⁶⁾ (1809) において、被告人は、海辺で脱衣して水浴したが、その際、一並びの家々の窓から目撃される状況であつたため、本罪で有罪決定された。初期のアメリカの事件 Britain v. State ⁽²⁷⁾ (1842) では、奴隷女が裸で村を歩行するのを許容した奴隷主は lewdness (良俗違反) で有罪決定された。

indecent exposure の罪は、有意的・意図的行為から成るものでなければならぬ以上、その犯罪の要素は、常に有罪決定の前に立証されねばならない。意図は、コモン・ロー上の身体露出罪の実質的構成要素である。Case v. Comm. (1950) において、被告人は、車庫の外で身体を露出したものであるが、通行中の女性らの注意をこゝとさらにひきつけるようなことをしたわけではないとして、有罪決定が取り消された。

コモン・ロー上の身体（陰部）露出罪を構成するには、一人以上の者が現実とその行為を見たということを示す必要はなく、人が目撃し得るような公の場所で行われたものであればよい。Reg. v. Farrell (1862) によれば、一人だけによって行われ、一人の者だけによって目撃され得るに過ぎない露出行為は、コモン・ロー上の犯罪ではない。Reg. v. Watson (1847) によれば、教会の庭先で特定の女性の面前に裸体を露わしたとしても本罪には該当しない。ニューサンスは、公的即ち数人に対するものでなければならぬ。Van Houten v. State (1884) によれば、身体露出行為が公の場所で意図的に行われたとすれば、誰かが露出行為を目撃したということは、その犯罪にとって基本的なことではない。St. v. Walter (1895) によれば、公道で男が陰部を露出し、一人の婦人が目撃し、他の通行人も見うる可能性があればよい。St. v. Goldstein (1906) によれば、その行為が多数の不特定の観察者によって目撃される蓋然性があれば十分である。Noblett v. Comm. (1952) では、一〇歳の少女を車に呼んで性器を露出した行為に対して、公の場所で行われ、他の人々も目撃する蓋然性があるとされた。

同意に関して、Comm. v. Hardin (1880) によれば、たとえ私的場所での二人の間での身体露出行為がコモン・ロー犯罪にあたるかどうか疑いがあるとしても、当該行為が懇請されたり、同意が為されていたとすれば罪とならない。

身体露出行為がコモン・ロー犯罪を構成するためには、当該行為が公の場所で行われる必要がある。併し、当該行為が、一人以上の者の眺望可能な、公衆の視界に開いた場所で行われれば、この要件は満たされるようである。Reg.

v. Thallman⁽⁸⁶⁾ (1865) によれば、自家の裏屋根で裸体をさらしていたとしても、数名の者が窓から目撃したことで、公の場所の要件は満たされた。Reg. v. Harris⁽⁸⁷⁾ (1871) によれば、公衆便所は公の場所である。State v. Goldstein⁽⁸⁸⁾ (1906) によれば、通りに面した自家の食糧品店の硝子戸内は公の場所に該る。Reg. v. Holmes⁽⁸⁹⁾ (1853) によれば、バスの中で、数人の乗客の前で身体露出した場合、乗合バスは、このような状況の下では当該犯罪にとって公の場所である。Reg. v. Bunyan & Morgan⁽⁹⁰⁾ (1884) によれば、公共の建物の応接室のような所であっても、窓越しに見られるような場所であれば、公の場所にあたる。Reg. v. Wellard⁽⁹¹⁾ (1884) では、公道をゆく行人の視界の届かない沼地であったとしても、何人であれ自由にそこへ立入ることができたのであるから、公の場所と言えりとされた。Messina v. State⁽⁹²⁾ (1957) によれば、公道に停車した車の中は公の場所である。

制定法上の身体露出罪に関する判例を次に見てみよう。各法域でニュアンスの相違はあろうが、立証上の問題に関して、行為の存在は、少くとも一個の真摯な証言で満たされるように見えるし、行為の不快嫌悪性は陪審の決定する事実問題である。People v. Evans⁽⁹³⁾ (1956 Cal.) によれば、被告人が車でつけ回したことで、その車が街角に停車して被告人が招くような身振りをしたこと、好気心から覗き込むと被告人が性器を露出していた、という一四歳の少女の証言で十分である。People v. Palladino⁽⁹⁴⁾ (1962 N. Y.) によれば、宣誓した三人の一〇歳以下の少女と宣誓しない一歳以下の少女が、被告人は車の中に座っていて、ドアを開閉しており、開いたドアから性器が見えた、と証言すればよい。Marshall v. State⁽⁹⁵⁾ (1957 Okla.) によれば、被告人が性器を露出するのを見たという二人の少女の証言と、被告人が罪を認めたという警察官の証言で十分である。Mc Gowan v. State⁽⁹⁶⁾ (1963 Okla.) によれば、被告人が車を停めて道を尋ねるふりをして性器を露出したこと及びその車のナンバーについての二人の少女の証言があればよい。State v. Bostwick⁽⁹⁷⁾ (1952 Or.) によれば、女子高校生らの通学する公道での性器露出行為がそれを目撃した少女らに不快嫌悪感を与えたかどうかは、陪審が決定する問題である。

身体露出行為は、特に当該行為を indecent exposure として犯罪類型としている制定法の下で起訴されてもよい、あるいは広く良俗違反行為を規制する制定法によって訴追されることもできる。⁽⁴⁸⁾ 例えば Green v. State (1962 Ga.) では、身体露出行為は道德壊乱の public indecency を規制する制定法によって訴追された。Comm. v. Wardell⁽⁴⁹⁾ (1880 Mass.) によれば、訪問販売員が訪問先の一一歳と四歳の少女の面前で性器を露出すれば、年長の少女だけが見たに過ぎないとしても、public indecency にあたる。Weymouth v. State⁽⁵⁰⁾ (1963 Tex.) によれば、被告人は、自分の車庫の裏口で性器を露出したままであったところ、背後六〇フィート位にいた女性の目に入ったという事案について、一六歳以上の他人に身体を露出して不快嫌悪感を生ぜしめる行為を規制する制定法によって有罪とされた。State v. Hintenberger⁽⁵¹⁾ (1956 N. J.) によれば、被告人は、九歳の少女に淫らに性器を露出したことで public lewdness として訴追された。

多くの州は、年少者に対する身体露出行為を禁止する制定法を有している。これらの制定法は、一定の年齢以下の子供に対する露出行為に対してのみ適用されるし、その露出行為は公の場所で行われることを要求されず、子供以外の者が目撃する可能性のある場合である必要もないという重要な例外項目を有している。それらは、女児に対してと同様男児に対する露出行為にも適用されるのが普通である。刑罰は、大人に対する露出の場合よりも厳しいようであり、子供に対する保護の観点が明白である。State v. Trenary⁽⁵²⁾ (1955 Ariz.) では、車のドアを開いて、一四歳の少女数名に性器を露出したという事案に対して、一六歳以下の子供を保護する特別法によって処罰されたが、裁判所は、一般的な制定法で訴追されることも可能であったと述べた。Gabard v. State⁽⁵³⁾ (1956 Ark.) では、被告人は、性交の目的で、一四歳の少女を自分の車を見せるとの口実で車に入れて、性交を試みる間中性器を露出した事案について、一六歳以下の男女に対して意図的に身体を露出する行為を規制する制定法の下で有罪決定された。State v. Le Blanc⁽⁵⁴⁾ (1948 La.) では、一六歳の二少女の面前で身体露出した事案に対して、一七歳以下の未成年者の面前で

意図的且つ淫らに身体露出する行為を規制する制定法の下で有罪決定された。類似の判例は夥しい。

年少者に対する身体露出行為は、assaultとして把握されることがある。少くともオハイオ州の制定法によれば、子供に対する身体露出行為は、古典的な暴行概念には含まれないとしても、暴行として処罰される。例えば、State v. Green⁽⁸⁷⁾ (1948 Ohio) では、映画館で後部座席の少女に対して身体露出した事案について、身体に直接触れることがなくとも暴行にあたるとされた。

身体露出行為があっても、不注意であるとか、偶然や必要にかられて、又は何らかの医学的・美術的目的で行われた場合には罰せられない。主観的犯罪構成要素として、有意的且つ不快嫌悪感を与えるような様式で行為するという意図が示されなければならない。制定法は、一般に wilful, intentional, lewd, offensive といった文言を使用すること、この要素を認知している。Danenport v. U. S.⁽⁸⁸⁾ (1948) では、国立公園内にある女子寮の窓から眺められる所で身体露出した事案につき、国立公園規則によって処罰されたが、その際、行為を特定人に見せる意図は必要でなく、一般的に人から展望され得るような場所であることの認識があればよいと解釈された。State v. Granger⁽⁸⁹⁾ (1947 Mo.) では、マッサージを装って二人の女性に性器を露出した事案で、意図はなかったとの主張は退けられた。Rice v. State⁽⁹⁰⁾ (1961 Okla.) では、通りに立って前に持っていた雑誌をのけて通行中の二人の少女に対して性器を露出した事案につき、過失の主張が退けられた。Comm. v. Pride⁽⁹¹⁾ (1940 Pa.) では、帰宅中の女性に接近して性器を露出し、駆け出した女性の後から追っていった更に性器を露出した事案について有罪とされた。Ryall v. State⁽⁹²⁾ (1958 Tenn.) では、停車中の車の中から、通行中の女性の注意をひきつけて性器を露出した事案につき、特定の意図や目的は必要なく、性器を露出するという一般的意図があればよいとされた。

他人から見られることに無関心であったような場合は、殊更に自分に注意をひきつけようとするような特別の目的を有する場合に比して軽い刑が量定される。Marshall v. State⁽⁹³⁾ (1957 Okla.) では、二人の少女に対して車の中か

ら性器を露出したことで有罪決定されたが、氣障りな医療ガードルを外すために脱衣したとして減刑された。Cook v. State (1958 Okla.) によれば、被告人が夜間女性の家の窓外で性器を露出していたところ、犬が吠えたので、その女性がカーテンを引いて外をうかがってその情景を目撃したという事案で、殊更に注意をひくような素振りを示したわけではないとして減刑された。

更に以下のような事例では有罪決定が取り消されている。Hearn v. District of Columbia (1962) では、夜中に照明した二階のホテルの部屋で二日続けて身体を露出したところを約百フィート離れた地点から警察官に目撃された事案につき、意図的に他人に身体をさらしたわけではないとして、有罪決定が取り消された。Selph v. District of Columbia (1963) では、道路から約二〇フィート離れた窓の奥四フィート辺りに早朝着替えのため裸で立っていた所を婦人に目撃された事案につき、露出行為は、合理的な人間が自己の行為は他人の観覧に開かれているであろうと認識するか又は認識し得べき時と所で為されたものでなくてはならないとして有罪決定が取り消された。State v. Peery (1947 Minn.) では、二階に窓のある寮室で着替えのため裸身でいるところを二人の女性に目撃された事案につき、手振り、身振り、物音その他露出状態に注意をひきつけるために考えられた動作がないならば、又その行為が人に観覧させるつもりであったと合理的に推定されてよいような公の場所に開かれた所で演じられたのでないならば、意図ありと言えないとして有罪決定が取り消された。

証人に関して、普通に要求されるのは、一人の者が露出行為を目撃したこと、そして少くとも他の一人がそれを見たかあるいは見る可能性があったことである。Reddish v. State (1960 Ga.) では、公道をドライブしている母親と娘の車の前に裸でとび出した事案につき、その娘も見ようとするれば見る事ができる状況であったとして public indecency に有罪決定された。

証人（目撃者）の同意の効果あるいは現実には嫌忌されなかった場合に関して、判例は心ずしも統一的ではないが、

若干の制定法は、そこに嫌忌すべき者がいればその露出行為は犯罪となるとして⁽⁸⁶⁾いる。証人の同意の問題は、ヌード・イスト・キャンプの場合、決定的要因であるように見える。若干の裁判所によれば、一般公衆の視界からさえぎられた所で、露出を眺める人々がそれに同意し、又それを嫌忌しない場合には *indecent exposure* ではない。ニュー・ヨーク州では、利得の為のヌード・イスト施設ないしキャンプは、制定法に違反するが、商業ベースにのらないプライベイトな秩序立ったヌード・イズムは、罪とならないとする判例がある⁽⁸⁷⁾。併し、若干の州では、プライベイトなヌード・イスト・キャンプで行われたものであっても制定法によって禁止される⁽⁸⁸⁾。

身体露出罪が成立するためには、その行為が公の場所で行われる必要があるとするコモン・ロー上の要件は、制定法の多数によっても実質的に維持されている。例えば *peo. v. Dohen* ⁽⁸⁹⁾ (1952 N. Y.) では、当該露出行為は、制定法にいう公の場所ではなく、被告人の家の地下室で為されたとして、有罪決定が取り消された。併し、若干の制定法の下では、私的な場所で行われたとしても、他人がそれを目撃するあるいはそれによって嫌悪感を覚えるような、ぞうい場所であればよいとしている。*Baker v. State* ⁽⁹⁰⁾ (1957 Ala.) では、公道から約一〇フィート離れた屋敷内での露出行為を、車で通りかかった女性旅行者に見られた事案で、有罪決定された。*Peo. v. Legal* ⁽⁹¹⁾ (1974 Ill.) では、自家の食堂で裸体になっている姿を隣家の居間から目撃された事案で、被告人の行為は、公道からは目撃されないとしても、住居内の市民から目撃されるものであればよいとして有罪決定された。

尚、*U. S. v. Hyman & Paynter* ⁽⁹²⁾ (1972) では、被告人らは自然森林の指定区域内でヌードで水浴し、日光浴したことで、自然森林内での猥褻行為を規制する制定法によって罰金刑に処せられた。

行為の概要や規制の形態を明確化することは、ここで必ずしも目的とするわけではないので論評はさし控えるが、それらが行為に対する理解の深化と必ずしも直接的な相応関係を示すものではなく、幾重にか折れ曲ったり、倒立したりして現われることがある、ということを確認することは必要であろう。

二、一般的に、身体露出行為者は、臆病で、目立たず、自己主張のできない人々であるが、身体露出という行為そのものは攻撃的であり、特に児童少年に対しては、時として心理的に深い傷痕を残すことがあり、行為者の家族に対しても解体的効果をもつこともあり、何にもまして、自己破壊的色彩が濃いと言われている。しかし、通例、この行為の被害者の被る損害はそれほどではなく、概してこの型の犯罪人は危険ではない。今日の研究水準によって明らかにされたことは、身体露出行為は多様な精神動力学的葛藤の徴候であり、各行為者について様々の動機が働いている、ということである。ただ、まさにこの複雑さ故に、それらを社会的次元まで含めて有機的統一的に説明し、処遇にまでおよぶような一貫した満足すべき理論を築くことの困難さ故に、裁判所、精神医、ソーシャル・ワーカーを悩ませている。そして、そのために返って、現状では便宜的に機械的・分断的な鑑別と処置に甘んじ、あるいは人類学的・氣質学的な次元に自己規制する一方、事実的なそのような限界の問題を法的規制と人間行為並びに社会関係についての因襲的理解とに委ねざるを得ないといったところにあるように見うけられる。

しかし、そのような現実の現象の複雑さとそれに対する困惑とが卒直に表明されてきたわけでは必ずしもなかった。多くの精神医たちは、身体露出行為の症候群を独自に記述し、それに多様な説明を付して来た。最初、身体露出行為者の状態は、フランスの神経学者 Laseque (1818~1863) によって記述されたと言われる。⁽²⁵⁾ それ以来、身体露出行為は、時に様々の概念によって把握されつつ、西欧では警察記録上最もありふれた犯罪の一つとして報告されて来た。例えば、一九三八年のイギリスの報告でも indecent exposure は売春に次いで多く、他の性犯罪をひき離している。露出行為は全性犯罪者の一四パーセントを占めると共に、累犯者の中で最高の比率(二〇パーセント)を占めたと報告されている。

身体露出行為者の人格類型については、基本的には一致が見られると言うのが一般的な理解であったように見える。即ちそれによると、受動的、衝動的であり、寡黙であって、しかも分裂的氣質をもった道德的にむしろ厳格な者

として記述される。同じく、内気で、臆病な、そして良心的で、通例、教育と知性のある者として記述される。⁽⁷⁶⁾それに対して、異った性格類型を報告するものもある。即ち、無慮慮で、短気且つ表現力に富む少数群の記述もあるのである。⁽⁷⁷⁾ここでもやはり注意を要するのは、統計的觀察一般の限界はさておき、多分に被験者は、験者が何を期待しているかを敏感に感じとって、往々にしてその価値体系に順応することがある、ということであろう。しかも社会生活の次元においても同様のことが言えるものであろう。そのように修正項を考慮に入れてみると、身体露出行為者の人格はまちまちであると語る者が卒直であるように思われる。結局、性格、氣質、人格的などと言われるものを類型化することは、参考にはなるかも知れないが、本当のところ、現実を十分に把握するということとは余り縁がなさそうである。

次いで、身体露出行為の現象に理論的説明を与えようとする様々の試みが行われて来た。初期の企ては、身体露出行為を他の何らかの障害（人格障害、精神病、精神欠陥）の第二次的徴候として説明する方向性がまざっていた。その後、身体露出行為自体を独立の実体として把握する方向も生じて来た。この方向性に立つ論者では、身体露出行為が精神病その他の疾患に付随すると考えられる場合とそうでない場合との間で区別が行なわれるようになった。そして、この理解の仕方の流れの上で、その発現形態が身体露出行為に限定された脅迫性の倒錯であると見る考え方が広まることにもなった。

例えば、ある論者は、身体露出行為を脅迫神経症の中に含ませることによって、それを肉体的快楽や個人的利得の追求ではなく、無意識の駆動力によって動機づけられたものであると理解する。⁽⁷⁸⁾身体露出行為者が度々あたかも逮捕されることを欲するかのようにふるまうという事実を、その脅迫的な制御不可能な衝動性から説明するわけである。それと共に、身体露出性向の習得という事実については次のように理解される。即ち、攻撃的、威圧的、自己陶酔的、誘惑的な母親や配偶者の態度を非難するものとして、身体露出行為をそれらの者に対する挑発的な自己主張の一

形態として理解している。ただ、この身体露出行為の救済への無言の申し立て、即ち言わば父親に代り得る權威者からの救済への訴えと言われるものも本能論的に解釈されているようである。そのようなところには問題があるであろうが、これはある程度の説得力を持つばかりでなく、いささか楽天的ではあれ、改善への見込みもあって動力学的理論の発展に寄与するものであらう。

その思想の影響の下に、別の論者は、行為者に身体露出への欲求が起るのは女性との葛藤が昂揚した時である、と述べている。それと共に、身体露出行為者の多くは、既婚者であり、その逸脱行動は、性関係の欠如に基因するのではなく、むしろ性関係に伴う不満や不安といったものに基因するものと推断している。⁽⁸¹⁾ 身体露出行為を母親ないし妻との間の支配・従属関係をめぐる葛藤に関連する本能的な攻撃的表現態様として眺めるこの解釈は、最近までも優勢であったように思われる。⁽⁸²⁾ この局面の解釈を最も包括的に展開したのは Karpman であらう。それによれば、身体露出行為は、感情的危機に直面して抑圧規制が失敗し、禁止機序が破棄され、幼児期の人格が出現したものである。⁽⁸³⁾ 精神分析の古典的理論とも言うべきものによれば、倒錯行態は、所謂去勢恐怖を否定すると共に、遠回しに性器的満足を得るための方法として理解される。性器を露出するという幼児期的退行は、正常の性交に結びつけられた去勢の危険を回避しつつ、性的満足を得る方便とみなされる。⁽⁸⁴⁾ こうして、精神分析理論は、殊に身体露出行為例において、所謂退行の役割を重要視することになった。

以上の、多分に本能論的公式論的傾向に対して、思想的に異ったニュアンスを与える一群の論者が、殊にアメリカでは有力であるように見える。例えば、幼児期の性器露出行為に対して加えられた母親からの嚴罰に対する報復として露出行為が生じた例が報告されている。⁽⁸⁵⁾ また、支配的な妻との葛藤を解決する方法としての露出行為に言及するものがある。⁽⁸⁶⁾ 更に、身体露出行為によって、愛されたいという欲求が示されたという例を報告しているものなどもそれであらう。

これらの場合、身体露出行為の徴候が、単なる本能的な衝動の表明以上のものとして理解されている。即ち、現実の状況に対するもっと複雑な行動反応として眺められていることがわかる。これらの所謂 *acting out* の概念に包括される行動は、単に破壊的であるに過ぎないのではなく、建設的——愛されたいとの欲求、独立したいとの欲求——でもあり得ることが理解されている。この範疇にあつては、行為者は無意識のうちにではあるが、人生の初期に満足を与えてくれたであろう諸経験を修得しようとして試みているという地平から推論が展開されているようである。そのような試みは、社会的にはたとえ不満足な防衛機序でしかないものであつて、処遇過程の中で断念させられねばならないものとして規定されざるを得ないとしても、他者との関係の中で問題を解決しようとする企てとして理解され、そこに適応的な含みが看取されることになる。

ここまでくると、所謂実存的、現存在分析の観点もわかり易いものとなるであろう。例えば、Boss は、他の見解が多くは沈黙したり、門戸を閉ざしたりしている地平で、愛に触れる何か積極的なものを身体露出行為の中に見ている。それによれば、身体露出行為のもつ歪みや破壊性は所謂破壊的満足自体を狙いとするものではなく、寧ろ言わば愛のエロスの衝動の表現手段に外ならないであろうと想像されている。⁽⁹⁸⁾これは正に反対方向に位置するであろう主張を当然予想してのことである。即ち、あらゆる倒錯的行為を歪みの理論 (*deformation theory*) に従つて眺める人類学的観点などがそうである。そのような観点を選びとつた地平からは、身体露出行為なるものは、破壊的作為であり、それには必然的に倒錯の愉悅が伴うものである、と解釈されるであろう。結局、そのような現象は生物学的な歪みに外ならないと見られるであろう。逆説的に言つと、その解釈の一種自然的な色彩というものが返つて、それらの立場の道徳的・社会的意味を発現しているのである。論者の役割意図とも言うべきものが、法的規制並びに処遇に対する態度によって評価されるということであろう。それらの理由づけの方法によって判断されるということである。

三、こうして今日、極端な人類学的立場のものを除いて、身体露出行為が複雑な人格攪乱の徴候であるということは認容されているように思われる。結局それは、人間は、理論的に抽象されたその精神構造の断片によってではなく、その総体的な人格をもってその環境に反応するということを理解することなしには、言わば對他存在としての人間、そして社会的存在としての人間の把握も不満足に終らざるを得ないことを示唆しているであろう。このような認識は、別段とりたてて言うほどのことではなく、誰もが思いおよんでいることであるにちがいない。しかし、更なる問題は、実は事態の展開に結びついた諸々の困難さにあるように思われる。その困窮が、不断に人々の意識にかかって、その責任を問うまでになるとき、人々は萎縮的に反応したり、あるいは抑圧的な対応に駆りたてられることになるように思われる。しかも、現代の知見の豊富な中にある個体として、今日そのような反応、そのような対応がもつ人間性のその一種倫理的、禁欲的な反応の、言わば社会経済的根拠並びに歴史的、制度的な限界も、既にある程度まで人々の意識にかかって来ている状況があるであろう。そこに現代の危機的状況と言われるものの思想的結末点があるように想像される。あえて言うまでもないことであるかも知れないが、ペシミズムとか冒險主義とか言われるものの応酬並びにスイトシズムなるものへの寄る辺なき退避に終ることがないような實在的觀念が、常に、せめて背景になりと要請されている必要があるであろう。

このように、刑法と倫理観をめぐる対立と精神医学的理論の展開と対立とを一見無関連に提示したのは、既存の理論と実践の方法的視座には何か不満足なものがある、という感懐は一般的なものとしてありながら、その具体的な構想にとりかかると否や次のような問いにぶつかるであろうことを予想しての布石としてである。何故にある時点で、ある人々によって、ある理論が立てられ、政策がとられるのか。それは、言わば人間と社会にとって最も重要なものといかなる関係にあるのか。このような問題をも含んだような広い意味の刑事政策の根拠、基盤といったものになるであろうような前提的諸事実への洞察と反省がどのように行なわれるべきであるのか否か。それが制度的にもコミュニ

ニケーション可能となるような方向性が望ましいと思われるのか否か、と。

三

露出症ないし身体露出行為と言われる現象の理解と既存の法制理論とは、一見すると相容れないように現象せざるを得ない。およそ自由な意思の主体という理論の理念に認可が与えられ、法的責任の前提に据えられて以来、その判定基準は、詮じつめれば、理性人の標識たる善惡の認識の可否にあった。これには勿論一定の生物学的基礎が仮定されてのことであつたが、要点は、善惡の認識という所謂法律的心理的基準にあり、それによると、言わば白痴とか明らかな精神病でない限り、責任ありとされて刑罰を加えられることになる。近代以後の刑事責任の法改革は、この基準を緩和し、門戸を拡張する方向で進められるという形を示した。ただ、その間、有罪決定後の矯正段階の改善は、逐次現実的發展を示して来た。他方、衡平の考え方が有罪決定・量刑段階に現われた場合に責任の實質的な減少が認められた。これは、限定責任能力に代表される観念であるが、およそ形式論理的な応報理論から言うと、説明困難なことであると考えられた。抑止理論でも改善理論でも同じく説明困難であると考えられた。結局、一般通常人の衡平感情に基づく素朴応報理論によって説明されるはかないように見えた。従つて、限定責任理論は必ずしも十分發展する基盤を有しなかった。その間、アメリカなどでは、責任能力の基準の拡張も逐次達せられ、それは同時に所謂保安処分の實質的な拡大でもあった。こうして、犯罪、殊に露出症を含む風俗犯は、医学的問題になじむとの見解が積み重ねられた。若干の法域では、性精神病質者法などが制定され、非行の反復と非行者の危険性を基準として精神施設に収容する道が講じられたりしたのも同様の考え方である。この見地は、アメリカのコロンビア地区のドラム判決の中に法律的表现を見たが、これは言わば法の勇み足であつた。精神医学は十分な保護・処遇の手をさしのべるほどには至っておらず、多く病院精神医学者たちの管理的態度は、およそ医学の根源的定義への反省を迫ることになつた

し、急反動として、反精神医学的精神医学者たちを招き寄せたりもした。法的には、收容者の人権問題が表面化したし、処遇を受ける権利や放っておいてもらう権利が要請される社会的状況も理解されることになった。嘗て、何故に責任が必要なのか、責任があれば何故に刑罰を受けなければならないのか、と問われたように、人は何故に処分を受けなければならないのか、と問われることになった。その間、気づかれるようになったことは、必ずしも法だけが時代遅れにあやまっていたわけではなく、刑罰体系それ自体、処分法体系自体の考え方にも、ゆがみ、ひずみ、倒立が集約されていたことであらう。

身体露出行為者についてみると、相当の者は、神経症的個体ないし所謂精神病質人格であるとしても、法の基準で言えば、責任能力者であって、刑務所に收容されていた。そこで、この点を批判して、先のような観点がここでも申し立てられた。併し、むしろ矯正処遇の面で優れたプログラムを有しているところもあるようである。カリフォルニアやイギリスなどがある中に加えられるかも知れない。一九五四年のイギリスの例でみると、露出行為者の五四パーセントが罰金で、二二・六パーセントがプロベーションであり、自由刑は一四・四パーセントであったし、特にプロベーションが増加している点が注目された。一般的には、この傾向は歓迎され、精神療法を受ける受刑者のための施設処遇およびプロベーションと結びついた精神処遇はすべて犯罪の根源へ入りこもうと企てる困難な犯罪者処遇形態であることが認識されているようである。⁽⁸⁾ここまですると、先に身体露出行為の現象の現代的理論との対話も可能とすることが想像されるであらう。

それでも、現実的にはなお認定の段階にも問題は保留したままである。アメリカの模範刑法典の考えは殆ど既に責任能力を刑罰適応性であるとする原則的見解であるようであるが、矯正面で大巾に多様化が進んでいること、実質上、責任能力概念が廃棄されているような面があることから道德的問題が生ずるものの如くである。因みに、ドラム判決は、責任を決して新派などのようには解しておらず、非難可能性であると明言しているのであり、倫理的なものとし

て現われざるを得ない法の局面を認知していたのである。それが外れてもよいというのなら、その概念構成の形式性に対しては、論理的に言って、従来の意味の法も存在理由を失って、その代り専門家集団の決定というようなプランにとって代わられるであろう、という陳腐な批評でまにあうであろう。ただ、そのようなプランは、本当は一般の認識とは逆に想像力の貧困な未成な思考の所産ではなからうか、と付言しておかざるを得ない。人間が、社会的経済的、身体的精神的に自立であるべき可能性にゆがみ、ひずみ、裂け目があるところで、そのような概念的プランが如何に機能するか、如何に機能しないか、およそ人は夫々に体得する機会はあるはずである。およそ、本来の倫理なるものの輝きを恐れるあまり形式的に支配的既成道徳にすがり寄ることがとうてい十全な姿勢とは言えないように、形式的に支配的な既成道徳の腐爛臭にくさされて、倫理、道徳について語り得なくなること未だ十全な態度とは見なされまい。

注

- (1) 一九七〇年代半ばに、イギリス労働党は、現行の性犯罪に関する法改正の勧告を行った。それは、社会の福祉と個人の自由との最大限の保証の両立可能性を求めるもので、性の自由化へ向う趨勢の上にあるものとみなされた。それは、ウォルフエンデン委員会と同じ立場から、リーガル・モラリズムに反対する。その指導的メンバーの一人は次のように述べている。「我々は、個々人に対して性的行動における道徳の標準を強制することは法の適切な用法であるとは思えない。異性間であれ、同性間であれ、性的享有への能力は人間の自然的資質である。市民はすべて、権利として、その行いを選択する最大限可能な自由を有すべきである。ただ、常に他人が直接に害を破ることなく、又、不本意にまきこまれないという条件の下で。」(Antony Grey, "Sexual Law Reform Society Working Party Report", 1975 Crim. L. Rev. 323.) 刑法が介入するような場合は次の三個の場合に限られる。一つは、真の同意が存しない場合、二つは、当事者の中に能力の十分でない者がある場合、三つ

は、意思に反して公衆をまきこむような場合、である。こうして、勧告は、性犯罪という独立の範疇を法から排除すべきことを提案する。以上の原則の下に、依然として可罰的な行為はすべて別の範疇の中に割り当てられる。即ち、人に対する侵害、青少年保護条項の侵害、プライバシーないし public decency の侵害等) である。

アメリカにおいて、性風俗に関する最高裁判所の態度は、ウオレン・コートの下で自由化の方向へ進んでいたが、バーガー・コートの保守的態度と共に、少しくふれもどしがきていと言われる。阪本昌成「道徳とプライバシー」広大政経論叢二・二四巻、椎村透「アメリカにおける猥褻の罪」刑法雑誌二巻三号等参照。

我国の場合、同じように支配層の觀念形態を代表するグループと所謂知識人批判グループとが対立する。刑法改正草案に対しては、言わば批判グループから次のような批評が為されている。問題は、權威主義國家觀が頂点に達したと思われる戦前の草案と、このような國家觀の根本的反省と否定の上に立つ民主的、個人主義的國家觀を前提とする戦後の草案が、どうしてこれほど酷似したものとならねばならなかったかにある、と。中義勝「風俗を害する罪」法律時報臨時増刊一九七五年四月、一九三頁。草案グループは、モラリズムの観点から、価値觀の分裂の徴しい時点だからこそ厳しくコンセンサスをうち固める必要があるとして、刑の重罰化を図っている。これに対して、批判グループは、大体二つの理由で反対する。一つは、犯罪学的知見——例えば、公然猥褻罪の行為者は病的性格者(露出症)であることが多いということ——である。今一つは、保護法益との関係で、もともと猥褻行為を罰するのは、猥褻行為それ自体を一般に不可とするところにあるのではなく、それが不特定多数人の觀聴に達すべき状況下に為され、見たくもない人の眼にもおしつけがましく示される点に被害があるからだと考えられる、ということである。中義勝一九四頁。又、単なる倫理の問題は、刑罰以外の手段に委ねるのが妥当であり、行為そのものを反倫理的として処罰するのではなく、そのような行為が、公然と行われた場合に、人々の感情を傷つけるものとして、即ち一つのニューサンスとして処罰すべきもの、ということになるであらう。平野竜一「現代における刑法の機能」現代法一一、一八——九頁。

- (3) ポアソナード刑法草案註釈卷の下。
- (4) 宮城浩蔵 刑法正義下 明治二六年 五〇一頁。勝本勘三郎 刑法折義各論の部上卷 明治三二年 六七五頁。
- (5) 山岡万之助 刑法原理全 大正一二年 五九八―九頁。
- (6) 岡田庄作 刑法原理各論 大正一二年 三六六頁。
- (7) 新保勘解人 日本刑法要論 昭和二年 二二三―四頁。
- (8) 小野清一郎博士によれば、猥褻の行為の中には猥褻の言語を弄することを含まないとされる。刑法講義全 昭和一五年 四五一頁。
- (9) 滝川幸辰 刑法各論 一九〇頁。
- (10) 井上正治 刑法各論 二二五―六頁。
- (11) 江家義男 増訂刑法各論一七二頁。
- (12) ポケット註釈全書刑法第三版 四二二―三頁。大塚仁「性と刑法」現代法一一、六六頁。
- (13) 藤木英雄 刑法各論 一一六頁。
- (14) 大谷実 別冊法学セミナー刑法 一五七頁。
- (15) 田中久智「規範的構成要件要素の研究」法政研究三二卷四一七頁。同「わが国における猥褻文書概念の研究(1)」熊本法学一四号。同「文芸裁判と猥褻の概念」刑法雑誌一六卷一―三頁。
- (16) ポアソナード刑法草案註釈卷の下 二三五頁。
- (17) 大谷 前掲一五七頁。
- (18) 植松正「猥褻罪の二形態と身体露出罪」日法一四卷五一八号。
- (19) 福岡高判昭二七年一〇月二八日、高刑集五卷一二号一八五頁。井上泰宏 性の誘惑と犯罪。阪本 精神分析研究二二卷二号 五一―七頁。長谷川「性犯罪者の精神医学的研究」東京慈恵会医科大学誌七五卷二四二―四三八頁。沢登佳人・沢登俊雄 性倒錯の

説 世界 六五頁。

書

- (20) J. Drzazga, Sex Crimes, 1960 p. 23.
- (21) ヤマノハン・野添健 女性の性的犯罪。
- (22) H. Horstkotte, Kuppelei, „Verführung und Exhibitionismus nach dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts“, 29 JZ 84—90, 1974. 知法紀「オランダハン・野添健」刑法を学ば 三三六—三八頁。A. K. Gigeroff, Sexual Deviations in the Criminal Law, 1968.
- (23) The American Law Institute, Model Penal Code : Tentative Draft No. 13, sections 213. 4 and 251. 1.
- (24) “Criminal offense predicated upon indecent exposure”, 93 A. L. R. 996 ; 94 A. L. R. 2d 1353. 以上前掲後掲の
おはなひは野添健「オランダハン・野添健」
- (25) 93 A. L. R. 997.
- (26) Ibid.
- (27) Ibid, p. 998.
- (28) 231 S. W. 2d 86, 94 A. L. R. 2d 1356.
- (29) 93 A. L. R. 998.
- (30) Ibid.
- (31) Ibid. p. 999.
- (32) Ibid., 43 A. 253.
- (33) 62 A. 1006, 93 A. L. R. 999.
- (34) 72 S. E. 2d 241, 94 A. L. R. 2d 1358.
- (35) 93 A. L. R. 999.

- (36) Ibid. p. 1000.
- (37) Ibid.
- (38) 62 A. 1006, 93 A. L. R. 999.
- (39) 93 A. L. R. 1000.
- (40) Ibid.
- (41) Ibid.
- (42) 130 A. 2d 578, 94 A. L. R. 2d 1358.
- (43) 292 P. 2d 570, 94 A. L. R. 2d 1361.
- (44) 273 N. Y. S. 2d 266, 94 A. L. R. 2d 1361.
- (45) 316 P. 2d 222, 94 A. L. R. 2d 1361.
- (46) 380 P. 2d 274, 94 A. L. R. 2d 1361.
- (47) 241 P. 2d 108, 94 A. L. R. 2d 1362.
- (48) 1 So. 2d 857, 94 A. L. R. 2d 1363.
- (49) See *Green v. State* (1962 Ga.) 127 S. E. 2d 383, 94 A. L. R. 2d 1363.
- (50) 94 A. L. R. 2d 1363.
- (51) 368 S. W. 2d 610, 94 A. L. R. 2d 1364.
- (52) 125 A. 2d 735, 94 A. L. R. 2d 1364.
- (53) 290 P. 2d 250, 94 A. L. R. 2d 1365.
- (54) 285 S. W. 2d 515, 94 A. L. R. 2d 1365.
- (55) 34 So. 2d 905, 94 A. L. R. 2d 1365.

- (95) 82 N. E. 2d 105, 94 A. L. R. 2d 1370.
- (96) 56 A. 2d 851, 94 A. L. R. 2d 1372.
- (97) 199 S. W. 2d 896, 94 A. L. R. 2d 1372.
- (98) 368 P. 2d 507, 94 A. L. R. 2d 1373.
- (99) 18 A. 2d 879, 94 A. L. R. 2d 1373.
- (100) 321 S. W. 2d 809, 94 A. L. R. 2d 1373. *Com. v. Davidson* (1972 Pa.) 289 A. 2d 250. *ピーターズ*と*バーチャード*の事件は、*ピーターズ*の事件と類似している。 *ピーターズ*の事件は、*ピーターズ*の事件と類似している。
- (101) 316 P. 2d 222, 94 A. L. R. 2d 1374.
- (102) 345 P. 2d 902, 94 A. L. R. 2d 1374.
- (103) 178 A. 2d 434, 94 A. L. R. 2d 1375.
- (104) 188 A. 2d 344, 94 A. L. R. 2d 1375.
- (105) 28 N. W. 2d 851, 94 A. L. R. 2d 1376.
- (106) 115 S. E. 2d 736, 94 A. L. R. 2d 1377.
- (107) *State v. De Camillo* (1961 Ohio) 176 N. E. 2d 354, 94 A. L. R. 2d 1379. *バーチャード* (1970 Ohio) 264 N. E. 2d 646. *ピーターズ*と*バーチャード*の事件は、*ピーターズ*の事件と類似している。
- (108) *Peo. v. Burke* (1935 N. Y.) 196 N. E. 585, 94 A. L. R. 2d 1380.
- (109) *St. ex rel. Church v. Brown* (1956 Ohio) 133 N. E. 2d 333, app. dismd. 77 S. Ct. 126. *Campbell v. State* (1960 Tex.) 338 S. W. 2d 255, cert. den. 81 S. Ct. 356, reh. den. 81 S. Ct. 703.
- (110) 116 N. Y. S. 2d 351, 94 A. L. R. 2d 1383.
- (111) 96 So. 2d 821, 94 A. L. R. 2d 1383.

- (73) 321 N. E. 2d 164.
- (74) 463 F. 2d 615.
- (75) Austin McCawley, "Exhibitionism and Acting Out," 6 Comprehensive Psychiatry 396, 1965. Petri, „Exhibitionismus", 40 Nervenarzt 220, 1969.
- (76) Silberman, "The Treatment of Exhibitionism", 5 Bull. Menninger Clinic 85, by McCawley, supra p. 397.
- (77) Freese, "Group Therapy with Exhibitionists and Voyeurs," Social Work, March 1972.
- (77) Rickles, "Exhibitionism," 95 J. New. Ment. Dis. 11, 1942, by McCawley, supra p. 397. Veraa, "Probation Officer Treatment for Exhibitionists," 40 Federal Probation 54, 1976.
- (78) Kopp, "Character Structure of Sex Offenders," 16 Am. J. Psychother. 64, 1962, by McCawley, supra p. 397.
- (79) Selling, "Significant Factors in the Study and Treatment of Sex Offenders," 149 Med. Rec. 173, 1939, by McCawley, supra p. 397. Smukler & Schiebel, "Personality Characteristics of Exhibitionists," 36 Diseases of the Nervous System 600, 1975 以下各注。 著者は既に著述について著述している。 著者は犯罪学者としての著述は既に著述したものである。
- (80) Rickles, supra. Witzig, "The Group Treatment of Male Exhibitionists," 125 Am. J. Psychiatry 179, 1968.
- (81) Mohr, Turner & Ball, "Exhibitionism and Pedophilia," 8 Corrective Psychiat. J. Soc. Therapy 172, 1962, by McCawley, supra p. 398. Gigeroff, Mohr & Turner, "Sex Offenders on Probation : The Exhibitionist," Federal Probation, Sep. 1968. Gigeroff, Sexual Deviations in the Criminal Law, 1968. Norwood East. "Sex Offenders," in Mental Abnormality and Crime, ed. by Rodzinowicz & Turner, 177, 1947, p. 180 et seq.
- (82) Smith, Rhoads & Llewellyn, "Exhibitionism," 22 No. Car. Med. J. 261, 1961, by McCawley, supra p. 398.
- (83) カルプマン、オーバーホルザーの代表した型、エリザベス病院の野合の検死は、著者に周知のふいふにふいふ。 Karpman,

- "Considerations Bearing on The Problems of Sexual Offenses," 43 J. Cri. L., Crimi. & P. S. 13, 1952.
- Gutmacher & Weihsen, "Sex Offenses," 43 J. Cri. L., Crimi. & P. S. 153, 1952.
- (87) Glover, "Aggression and Sado-Masochism," in *The Pathology and Treatment of Sexual Deviation*, 146, 1964, by McCawley, supra p. 399.
- (88) Floch, "The Treatment of a Chronic Case of Exhibitionism by Means of the Autobiographic Method of Analysis," 37 J. Crim. L. & Crimi, 316, 1946.
- (89) Schmeideberg, "On Treating Exhibitionism," 16 Int. J. Offender Therapy & Comparative Criminology, 1972.
- Schmeideberg, "Delinquent acts as perversions and fetishes," 37 Int. J. Psychoanal. 422, 1956. McCawley, supra.
- (87) Allen, *The Sexual Perversions and Abnormalities*, 1949, pp. 243—245, by McCawley, supra p. 399.
- (88) ボス・村上・吉田訳 性的倒錯。ラカン・佐々木訳「犯罪学における精神分析の機能にむける理論的序説」エクリー所収。
- (89) Max Grünhut, "Penal and Corrective Treatment of Sexual Offenders", in *Sexual Crime Today*, 1960, p. 3.

(追記) 当記念論集には当初、刑事責任論に関する論稿を予定していたが、準備不足の為、代りにこの小稿をあてた。本論稿は、数年前熊本司法精神医学懇話会での研究の準備としておおむねまとめていたものである。